

Le préjudice d'être né

Quelques réflexions à propos de l'ATF 132 III 359

Henri Torrione*

1. Introduction

Le Tribunal fédéral tranche dans cet arrêt la question de savoir si les frais d'entretien à charge des parents (art. 276 CC) constituent un dommage réparable, dans le cas où une naissance non désirée intervient à la suite d'une erreur du médecin chargé de procéder à une stérilisation par ligature des trompes¹.

Dans cette affaire le médecin devait procéder à la stérilisation à l'occasion de la césarienne programmée pour la naissance du deuxième enfant du couple. La césarienne a été pratiquée, mais le médecin a oublié la stérilisation en dépit du contrat écrit signé entre les parties. Personne ne s'en est aperçu jusqu'à ce que la femme soit à nouveau enceinte, et un troisième enfant est né l'année suivante. Dans un cas semblable tranché en 1985 par le tribunal de district d'Arbon², l'erreur du médecin était d'avoir procédé à la ligature d'une seule des deux trompes.

Contrairement au tribunal de district d'Arbon (canton de Thurgovie), le Tribunal fédéral admet que les frais d'entretien jusqu'à la majorité de l'enfant rentrent dans la notion de dommage réparable. Il considère que ces frais doivent être mesurés par référence au coût moyen d'un entretien de base, sans indemnité pour l'activité personnelle des parents.

La question tranchée par le Tribunal fédéral était controversée. Elle l'était, nous semble-t-il, non pas tellement en raison de difficultés d'interprétation des dispositions applicables, ou pour d'autres raisons juridiques relevant du droit de la responsabilité civile³, mais à cause de la crainte de ce qu'impliquerait une décision positive, au niveau de notre perception de la valeur de réalités aussi fondamentales que la naissance et la vie humaine.

On craint en effet que considérer les frais d'entretien comme un dommage réparable conduirait implicitement à traiter la naissance de l'enfant comme un dommage (*wrongful birth*), voire à considérer l'enfant comme un dommage (*Kind als Schaden*), et même à

faire comme si son existence était en elle-même dommageable, et qu'il y avait dans son cas préjudice d'être né (*wrongful life*). C'est exclusivement le bien-fondé de ces craintes qu'on va examiner dans la contribution qui suit, à l'exclusion de toute autre question. Le Tribunal fédéral en parle dans le considérant 4.4, où il évoque le slogan « *Kind als Schaden* ». Il considère, un peu vite peut-être, qu'il n'y a pas lieu d'être préoccupé, et que ce genre de slogan est trop simplificateur.

2. La vie humaine comme bien fondamental

On peut comprendre ces craintes. La conviction est profonde en effet, chez nous tous, que la vie humaine est un bien. C'est d'ailleurs parce que la vie humaine est considérée comme un bien que toute atteinte à l'intégrité corporelle et psychique est perçue comme quelque chose de négatif, qui doit être évitée autant que possible et qui, lorsqu'elle se produit, doit donner lieu à réparation dans le cas où elle a lieu contre la volonté de la personne qui subit l'atteinte, et qu'un tiers en est responsable.

Si la vie humaine est un bien, comment admettre que l'erreur du médecin soit dommageable, alors qu'elle aboutit à une vie? Comment considérer la charge financière que représente cette nouvelle vie comme un dommage, sans formuler implicitement un jugement de valeur dépréciatif sur la vie de l'enfant en cause? Est-il possible de concilier la conviction que la vie humaine est fondamentalement un bien, avec l'indemnité demandée par les parents pour couvrir les frais d'entretien qu'ils doivent supporter, contre leur choix initial, à la suite de la naissance non désirée?

Ces doutes et ces questions suscitent l'intérêt de celui qui veut réfléchir aux implications philosophiques de la pratique du droit. Le philosophe est en particulier curieux de mettre à l'épreuve de la pratique du droit la thèse qu'il y a des biens, c'est-à-dire des réalités reconnues comme positives, et que le dommage au sens juridique du terme découle d'une atteinte portée à des réalités de ce genre. Selon cette approche, nous ne pouvons pas nous représenter quelque chose comme une atteinte, sans avoir préalablement reconnu que ce qui est atteint est un bien.

Suivant cette thèse, parmi les réalités reconnues comme des biens il y a non seulement certaines réalités extérieures, comme les biens mobiliers ou immobiliers (on parle de dommage matériel pour désigner la diminution du patrimoine résultant d'une atteinte portée à ce genre de bien, et on considère ces réalités comme des biens principalement à cause de leur utilité). Il y a aussi des biens, qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence comme personne; il s'agit notamment du bien qu'est la vie et l'intégrité physique

* Professeur de philosophie du droit et de droit fiscal à l'Université de Fribourg; avocat et associé de l'Étude Lenz & Staehelin, Genève.

¹ ATF 132 III 359, SJ 2006 I 345.

² BzGer. Arbon, décision du 16 octobre 1985, SJZ 82/1986 46 ss.

³ V. ATF 132 III 359, consid. 4.2. et 4.3. pour la discussion de ces difficultés juridiques.

et mentale. Ce sont des aspects de la réalité humaine. On les désigne en droit comme « les biens de la personnalité ». Ils ne sont pas considérés comme des biens à cause de leur utilité, contrairement aux biens mobiliers ou immobiliers, mais ils sont en eux-mêmes des biens, sans avoir besoin d'être mis en relation avec une autre chose à laquelle ils seraient utiles. Ce sont des biens humains fondamentaux : on les recherche pour eux-mêmes, et non pas en raison d'autre chose. Il n'y a pas seulement la vie : Aristote mentionne comme autres biens fondamentaux notamment le plaisir, l'amitié, ainsi que connaître et comprendre⁴.

Cette thèse est-elle contredite, ou au contraire confirmée, par la pratique du droit, en particulier par le droit tel qu'il est mis en œuvre dans l'affaire que nous examinons ?

3. La position du tribunal d'Arbon en 1985

En 1985 le tribunal de district d'Arbon avait refusé de considérer comme un dommage réparable la charge financière résultant de l'obligation d'entretien des parents jusqu'à la majorité de l'enfant. L'affaire avait surgi à la suite d'une naissance non désirée due à la faute du médecin qui n'avait ligaturé qu'une trompe dans une opération de stérilisation. Le Tribunal avait retenu que le médecin ne devait indemniser les parents que pour le tort moral et que pour la perte de gain de la mère pendant une période de six ans, jusqu'à l'entrée de l'enfant à l'école enfantine. Il ne devait pas, en revanche, les indemniser pour l'obligation d'entretenir l'enfant jusqu'à sa majorité. Cette obligation des parents ne constituait pas pour eux, suivant le tribunal, un dommage réparable.

Le tribunal a relevé que « *die Existenz eines Kindes [...] nicht einfach als Schaden im herkömmlichen Sinne betrachtet werden darf. Es geht nicht an, eine menschliche Persönlichkeit in einzelne Komponenten zu zerlegen, die ökonomisch erfassbaren in den Vordergrund zu rücken und daraus eine Vermögensverminderung respektive einen Schaden zu konstruieren. Jedes menschliche Wesen besteht vielmehr aus einer untrennbaren Einheit, die gesamthaft betrachtet werden muss und deren Kern sich nicht mit dem Schadensbegriff des schweizerischen Haftpflichtrechts erfassen lässt* »⁵.

Citant un auteur, il avait retenu que « *Jedenfalls bei einem gesunden Kind und normalen Verhältnissen widerspricht es zutiefst christlichen und menschlichen Gefühlen, das Kind zum Schadenfall zu machen* »⁶.

4. La position du Tribunal fédéral en 2005

Contre cette position, le Tribunal fédéral relève, à juste titre nous semble-t-il, que le dommage lorsqu'il s'agit de frais d'entretien à charge des parents suivant la loi, n'est pas l'enfant lui-même, mais plutôt la charge financière découlant de l'obligation d'entretien des parents (consid. 4.4.). Le Tribunal fédéral reprend par là la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand, du 12 novembre 1997⁷, suivant laquelle il y a lieu de distinguer l'existence de l'enfant non désiré, qui, ne pouvant être considérée comme un préjudice, est non susceptible d'un quelconque dédommagement, et la charge financière résultant de l'obligation d'entretien des parents jusqu'à la majorité.

Cette approche repose sur la compréhension du dommage des parents, s'agissant des frais d'entretien jusqu'à la majorité de l'enfant, comme étant exclusivement un dommage matériel. Il en résulte que l'atteinte à l'origine de ce dommage peut être clairement dissociée de la vie de l'enfant non désiré : le bien touché par l'événement dommageable, c'est exclusivement la fortune des parents, c'est-à-dire l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers qui la composent. Ce patrimoine est atteint par la charge financière que représente l'obligation d'entretien, du fait de l'erreur du médecin.

Grâce à la séparation claire qui existe entre le patrimoine des parents et la vie de l'enfant (on verra plus loin qu'en cas de naissance non désirée d'un enfant handicapé, cette séparation entre deux biens distincts devient problématique), il n'y a pas de jugement négatif porté sur la naissance et la vie de la personne dont la naissance n'était pas désirée, malgré l'indemnité due aux parents pour leur dommage matériel. Le bien qu'est la vie de l'enfant n'est pas du tout en cause. Le tribunal de district d'Arbon s'est trompé en pensant que la charge financière relative à l'entretien de l'enfant pouvait être considérée comme une composante de la personnalité humaine de l'enfant. La dissociation entre cette charge d'entretien et la vie de l'enfant est d'ailleurs clairement manifestée par le fait que l'obligation d'entretien des parents ne s'étend qu'à une partie de la vie de l'enfant non désiré, jusqu'à sa majorité. En conséquence, l'indemnité accordée aux parents pour les frais d'entretien n'implique pas que l'existence même de l'enfant soit considérée comme préjudiciable, que sa vie soit « *wrongful* », qu'il y ait dans son cas préjudice d'être né.

⁴ La distinction entre ce qu'on recherche pour lui-même et ce qu'on recherche en raison d'autre chose est formulée par Aristote, qui affirme (a) qu'il est évident qu'il y a une diversité de biens, (b) que nous recherchons certains d'entre eux en vue d'autre chose (nous recherchons la richesse, les flûtes et, en général les instruments en vue d'autre chose), et (c) que nous recherchons certains autres biens, en revanche, pour eux-mêmes (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre I, 1097 a15 – b7).

⁵ BzGer Arbon, SJZ 82/1986 46 ss, consid. 2, p. 47 s.

⁶ Idem, p. 47.

⁷ NJW 1998, 521, consid. B II. 3.

Cette approche était particulièrement justifiée dans le cas d'espèce. Comme le Tribunal fédéral le souligne, la stérilisation avait été retenue par les parents dans le contexte d'une planification familiale mise en place en raison des difficultés financières que rencontrait ce couple, qui devait exploiter ensemble un restaurant. Le choix de ne plus avoir d'enfant avait été arrêté pour des raisons économiques. On voit mal pour quelle raison l'auteur d'un acte portant atteinte au patrimoine des parents devrait pouvoir se libérer de sa responsabilité, s'agissant du dommage matériel qu'il a causé, en invoquant le bien qu'est la vie humaine et la dignité de l'enfant. A juste titre le Tribunal fédéral a souligné que le bien de l'enfant (le bien qu'est sa vie, son développement physique et intellectuel, etc.) sera favorisé par les moyens financiers supplémentaires provenant de l'indemnité versée aux parents.

Il convient de relever en outre que la faute du médecin était particulièrement grave, parce qu'il avait non seulement oublié de procéder à la stérilisation prévue, mais qu'il ne s'était pas aperçu de son oubli par la suite, et n'avait donc pas informé les parents de son erreur, les empêchant par là même de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre de leur choix de ne plus avoir d'enfant.

5. Et si l'enfant souffre d'un handicap congénital ?

Les craintes exprimées par le tribunal d'Arbon dans sa décision de 1985 ne sont cependant pas toujours infondées. Le Tribunal fédéral les rejette peut-être un peu vite. On ne peut écarter ces craintes que si l'on peut recourir à la distinction entre l'existence humaine de l'enfant, qui ne doit jamais être considérée comme un préjudice, et la charge financière résultant de l'obligation légale d'entretien, qui constitue un simple dommage matériel pour le débiteur de l'entretien. Le Tribunal fédéral a sans doute raison de penser que cette distinction peut être faite dans les cas où l'enfant non désiré naît en bonne santé. Mais la problématique à laquelle on se réfère quand on parle de « *Kind als Schaden* » et, plus fondamentalement, du « *préjudice d'être né* », de « *wrongful life* », ne se présente véritablement dans toute sa difficulté que lorsque l'enfant non désiré souffre à la naissance d'un handicap qui n'aurait pu être « évité » que si l'enfant n'était pas né.

Il y a alors non seulement un dommage matériel subi par les parents du fait de la charge financière représentée par les frais d'entretien de l'enfant jusqu'à la majorité, comme dans le cas décidé par le Tribunal fédéral. Il y a en plus, à cause de l'existence du handicap, une atteinte au bien qu'est l'intégrité corporelle de l'enfant, donc un dommage corporel si l'on admet que les

conséquences financières de ce handicap, qui sont évidentes, rentrent dans la notion juridique du dommage.

Le handicap dont on parle n'est pas un handicap provoqué par un accident ou par un geste médical, diagnostique ou thérapeutique, effectué durant la grossesse ou au cours de l'accouchement. Ce n'est pas non plus un handicap qui aurait pu être évité par un traitement adéquat, ou qui pourrait être soigné. C'est un handicap en quelque sorte inhérent à la personne de l'enfant. Il trouve son origine au moment de la conception, ou tout de suite après, pendant les premiers moments de la grossesse. Il résulte d'une maladie génétique, d'accidents parasitaires ou viraux comme la toxoplasmose, la rubéole ou certaines infections. On ne peut reprocher au médecin, dans ce cas, que de ne pas avoir empêché la conception de l'enfant (si l'on a affaire à un cas de stérilisation manquée), ou sa naissance (si l'on a affaire à un avortement manqué ou à l'absence d'avortement du fait de renseignements inexacts communiqués par le médecin à la mère).

Toute la difficulté vient de ce que le handicap n'aurait pas existé si l'enfant n'était pas né, soit que la stérilisation ait été bien effectuée par le médecin responsable, soit qu'il ait été procédé à un avortement « thérapeutique » à cause du risque de handicap correctement détecté⁸. Les questions qui se posent alors sont redoutables. Il s'agit de savoir s'il peut y avoir indemnisation pour l'ensemble des frais générés par la vie elle-même de la personne handicapée, de sa naissance à sa mort, sans que l'existence de la personne handicapée ne soit implicitement considérée comme dommageable, « *wrongful* », sans que l'on parte du principe qu'il y a pour elle, contrairement à nous, « *préjudice d'être né* ». Comment en serait-il autrement s'agissant d'une indemnité qui est calculée en procédant à une comparaison avec une situation où la victime n'aurait pas existé du tout ? Les problèmes soulevés sont peut-être plus philosophiques que juridiques. Le juge ne peut pas cependant les écarter totalement, et trancher le cas sur la base de considérations exclusivement juridiques.

Il est en effet probablement vain d'espérer pouvoir trancher les cas de ce genre, de façon convaincante, exclusivement sur la base de l'argument de l'absence de causalité adéquate entre la faute du médecin et le handicap de l'enfant⁹. Comme l'a relevé la Cour de cassation en France dans une décision que nous allons examiner ci-dessous, il y a lien de causalité, bien que le handicap ne soit pas dû à un geste médical fautif qui serait « physiquement » à l'origine d'une malfor-

⁸ Dans un cas l'alternative est entre vie handicapée ou non conception, alors que dans l'autre elle est entre vie handicapée ou avortement.

⁹ Franz Werro fait également référence à l'absence de lien de causalité en analysant la situation en France (FRANZ WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, p. 25, n. 75; CO I-Werro, art. 41 CO N 29).

mation, ou à une négligence du médecin qui n'aurait pas appliqué le traitement adéquat au bon moment (qui aurait «physiquement» fait disparaître le problème). Il faut bien reconnaître, en effet, que si la stérilisation avait été effectuée correctement, il n'y aurait pas eu de handicap. Or celui qui pouvait faire en sorte que l'enfant ne soit pas conçu, et que donc le handicap ne soit pas, en ligaturant correctement les trompes, et qui, de plus, se trouvait dans une situation où il avait l'obligation de le faire, en vertu du contrat relatif à la stérilisation, est à l'origine de tout ce qu'il avait le pouvoir d'éviter en agissant conformément à ses obligations contractuelles¹⁰.

On ne peut pas non plus trouver une issue pratique, et esquiver l'examen de la problématique du préjudice d'être né, en privant l'enfant handicapé du droit d'agir contre le médecin fautif.¹¹ On justifie alors l'absence de droit d'agir de l'enfant en soulignant que «l'enfant n'a pas le choix de son existence, lequel appartient aux parents»¹². Sans doute, mais n'a-t-il pas le droit de «bénéficier» du choix fait par sa mère en faveur de la non existence? La réponse qu'on donne à cette question dépend d'une philosophie, et cette philosophie peut accepter ou rejeter la révolution réalisée par ceux qui affirment l'existence d'un droit de ne pas être, et qui défendent la nécessité de réparer le préjudice d'être né de celui qui naît et existe contrairement au choix fait par sa mère en faveur de la non existence (voir plus loin l'analyse de cette position).

En outre, priver d'action l'enfant, s'agissant des conséquences financières de son handicap congénital, refuser donc que dans ce cas ces conséquences puissent rentrer dans la notion juridique de dommage corporel, et réserver l'action en dommages et intérêts aux tiers qui sont obligés légalement de prendre en charge les frais résultant du handicap, sous prétexte qu'il s'agit alors d'un simple dommage matériel parfaitement dissociable de la vie de l'enfant, est plus un artifice qu'une véritable solution quand on a affaire au cas d'un enfant né avec un handicap congénital. On n'évite pas ainsi la problématique du préjudice d'être né, dans la mesure où la prétention du tiers pour son dommage matériel va probablement porter sur des montants identiques à ceux qui auraient été réclamés par l'enfant pour son dommage corporel, s'il avait eu le droit d'agir. On n'a donc pas réellement progressé. Ce que formellement l'enfant ne peut pas obtenir, les parents pourraient

l'avoir, pour des frais d'entretien au-delà de la majorité de l'enfant, à titre par exemple d'indemnité pour le dommage matériel constitué par la charge financière d'une éventuelle dette alimentaire (art. 326 CO). La logique du calcul concret du dommage va conduire à prendre en compte la totalité des conséquences financières du handicap de l'enfant, pendant toute sa vie, comme si c'était lui-même qui réclamait la réparation de son dommage corporel. La distinction faite par le Tribunal fédéral entre le dommage matériel des parents, dont l'indemnisation ne pose pas de problème, et l'existence de l'enfant, qui ne peut pas être assimilée à un dommage, devient alors largement inopérante. A cause du handicap, on glisse d'une simple problématique de «*wrongful birth*», vers une problématique de «*wrongful life*». On ne peut donc pas éviter la problématique du «*préjudice d'être né*», si redoutable soit-elle, si liée qu'elle soit à des questions philosophiques.

6. La problématique du «préjudice d'être né»

Comme on l'a vu ci-dessus, la problématique du préjudice d'être né ne se pose véritablement que lorsque l'enfant non désiré souffre à sa naissance d'un handicap qui n'aurait pu être évité que si l'enfant n'était pas né. On ne va donc plus s'occuper, dans la suite de cette étude, des cas où l'enfant non désiré naît en bonne santé.

Peut-on, dans le cas d'un handicap congénital dont est affecté un enfant non désiré, séparer handicap et vie? Peut-on détacher le handicap de la vie? Pour tenir le médecin responsable du handicap seul, et ne pas assimiler, de ce fait, la vie à un dommage, il faut en effet pouvoir dissocier l'indemnisation du handicap, d'une part, et la vie, d'autre part, comme le Tribunal fédéral a dissocié, dans son arrêt de 2005, l'indemnisation des frais d'entretien jusqu'à la majorité, et la vie de l'enfant. Si cette dissociation n'est plus possible lorsque l'enfant naît handicapé, reconnaître un dommage correspondant au coût total de la vie de la personne handicapée, de sa naissance à sa mort, reviendrait implicitement à admettre que la vie d'un handicapé ne vaudrait pas la vie d'une personne «normale», puisqu'il faut traiter le coût total de cette vie comme un dommage, et donc admettre implicitement que dans son cas la non vie eût été préférable à la vie.

Il n'est pas contesté que dans les faits, dans la réalité concrète de la personne handicapée, vie et handicap ne sont pas dissociés, ni détachables l'un de l'autre. Ils sont existentiellement indissociables dès le début de cette vie. Comment en serait-il autrement, puisqu'il s'agit d'un handicap inhérent à la personne handicapée?

¹⁰ La situation est probablement la même lorsque l'alternative est entre vie handicapée ou avortement, et non pas vie handicapée ou non conception (grâce à la stérilisation), mais cette question n'est pas examinée ici.

¹¹ FRANZ WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, p. 25, n. 75; CO I-Werro, art. 41 CO N 29.

¹² CO I-Werro, art. 41 CO N 29.

Mais comment penser cette donnée brute où existence et handicap apparaissent comme liés l'un à l'autre ? Comment concevoir le rapport du handicap à la vie, à l'être de la personne ? Comment concevoir le rapport du handicap au choix de la non-vie, au non-être, à ce qui aurait constitué la réalité en l'absence de faute médicale, si cette dernière n'avait pas privé les personnes concernées du bénéfice du choix fait par la mère de ne pas donner naissance à cet enfant ? Ces questions sont d'une grande difficulté. Pourtant, le choix du juge, de rendre ou non le médecin responsable du dommage découlant d'un handicap congénital, c'est-à-dire d'un dommage correspondant au coût total de la vie de la personne en cause, dépend dans une grande mesure de la réponse qu'on leur donne.

La problématique philosophique est de savoir si le handicap doit être pensé en fonction de l'absence totale d'existence dont aurait dû « bénéficier » l'enfant si le choix des parents n'était pas resté sans conséquences, ou bien si, au contraire, le handicap doit être pensé en fonction de l'existence, comme ce qui affecte une certaine existence, celle de la personne handicapée, à laquelle on accorde, une fois qu'elle est là, une certaine priorité par rapport à la non existence choisie par les parents.

En définitive, la question philosophique est de savoir s'il faut prendre comme point de départ de notre pensée pratique¹³ l'être, la vie et le mouvement, et donc leur donner une certaine priorité sur le non être, la mort et l'immobilité, en dépit de l'imperfection de la vie et du mouvement en cas de handicap, ou si au contraire il faut prendre comme point de départ ce qui normalement aurait dû être, l'absence de vie, la « perfection » du non être qui a été librement choisie par les parents (tout le monde reconnaît que ces derniers disposent d'une liberté de décision complète quand ils choisissent de recourir, par exemple, à une stérilisation pour ne plus avoir d'enfants). L'expression « au départ de notre pensée pratique » signifie ici : au principe de la démarche du juge lorsqu'il tente de trouver une issue concrète aux questions de responsabilité civile dans les situations où handicap et vie apparaissent malheureusement indissociable dans la réalité concrète de la personne handicapée.

Il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas de questions qui se posent dans la conduite personnelle de sa propre vie, auxquelles chacun pourrait répondre comme il le

souhaite, mais qu'on se situe au niveau de la philosophie du droit et de la philosophie politique : le juge, le législateur peuvent-ils admettre que le non être choisi par la mère est préférable à la vie, une fois que la vie est là, sans en même temps se prononcer sur les existences humaines qui valent la peine d'être vécues, et sur celles qui seraient dommageables (sur les *wrongful lives* de ceux d'entre nous pour qui il y aurait préjudice à être né) ?

7. L'affaire Perruche

Dans une affaire célèbre en France, connue sous le nom d'« affaire Perruche », ces questions quasiment philosophiques ont été « débattues » entre les nombreux tribunaux qui sont successivement intervenus, et qui se sont opposés les uns aux autres dans le cours d'une très longue procédure. Bien plus, ont pris part à la controverse et au débat non seulement les tribunaux français, mais aussi le Comité Consultatif National d'Ethique, le Parlement, les associations de protection des handicapés, les associations de médecins, le public en général et la Cour européenne des droits de l'homme.

La particularité de cette affaire ne consistait pas seulement dans le fait que l'enfant handicapé, représenté par ses parents, agissait en réparation de son propre dommage corporel, mais surtout dans le fait que la caisse d'invalidité (l'assurance publique d'invalidité), qui devait supporter une charge financière du fait de l'obligation légale dans laquelle elle était de couvrir l'invalidité de Nicolas Perruche, s'était portée demanderesse dans la procédure pour obtenir le remboursement des charges représentées par la couverture du cas d'invalidité que constituait Nicolas Perruche. Elle considérait en effet son engagement financier comme un dommage matériel provoqué par la faute du médecin, de la même manière que les parents s'agissant de leur obligation d'entretien jusqu'à la majorité dans l'affaire jugée en 2005 par le Tribunal fédéral. En effet, sans la faute du médecin il n'y aurait pas eu naissance de l'enfant, ni vie handicapée, ni cas d'invalidité à couvrir¹⁴.

Comme on va le voir, la Cour de cassation a accepté ces demandes d'indemnité, mais pour rendre cette approche impossible à l'avenir, le législateur français a ensuite réagi en promulguant une loi qui exclut toute indemnité lorsque le préjudice tient au seul fait de la naissance. Cette loi transforme par là l'indissociabilité

¹³ La pensée « pratique » est la pensée mise en œuvre lorsque nous réfléchissons à ce qu'il faut décider et faire dans telle ou telle situation concrète. C'est la spécificité de ce type de pensée qu'Aristote étudie dans ses *Ethiques*, en faisant ressortir le rôle qu'y joue le concept de bien ; c'est aussi elle que Kant étudie, dans une autre perspective, dans la *Critique de la raison pratique*.

¹⁴ L'alternative dans l'affaire Perruche était donc entre vie handicapée ou avortement et non pas entre vie handicapée ou non conception, comme dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral où l'erreur du médecin concernait une stérilisation. La problématique que nous étudions est cependant commune aux deux situations.

de fait entre handicap congénital et vie, en une indissociabilité de droit. Le motif philosophique donné par le député qui a proposé le projet de loi au Parlement, s'agissant de la raison d'admettre une indissociabilité de droit entre handicap et vie et de s'opposer à l'arrêt de la Cour de cassation, est que «la vie constitue le bien essentiel de tout être humain». On va analyser la portée de ce principe, après avoir examiné plus en détail en quoi consiste l'affaire Perruche.

On peut résumer les faits de la cause et les arguments échangés dans cette affaire de la façon suivante :

- En 1982, le médecin de famille de Madame Perruche (26 ans, enceinte) suspecte une rubéole mais après analyses et rapport du laboratoire, il conclut (à tort) à l'absence de cette maladie, qui a toujours des conséquences extrêmement graves pour le fœtus; Madame Perruche avait informé son médecin de sa volonté d'interrompre la grossesse au cas où le diagnostic de la rubéole serait confirmé (il n'existe pas de traitement, et c'est la seule «mesure» à disposition de parents qui souhaitent faire quelque chose pour éviter la naissance d'un enfant handicapé).
- Nicolas Perruche naît le 14 janvier 1983: il est lourdement handicapé (syndrome de Gregg ayant pour origine une rubéole contractée pendant la grossesse).
- Le 13 janvier 1992, le Tribunal de grande instance d'Evry accepte la demande en dommages et intérêts de Nicolas (représenté par ses parents), en compensation du dommage résultant de son état de santé (dommage corporel); le tribunal retient qu'il y a «un lien de causalité entre les fautes du médecin et du laboratoire et la perte d'une chance pour l'enfant d'éviter de supporter les conséquences de la rubéole»; le médecin et le laboratoire sont reconnus «responsables de l'état de santé de Nicolas Perruche» et condamnés à lui payer une avance de FF 500'000 à valoir sur son préjudice corporel et à payer FF 1'851'128 à la CPAM de l'Yonne au titre des prestations versées (l'assurance publique qui couvre l'invalidité de Nicolas, et qui s'est associée à l'action judiciaire de Nicolas). Le médecin et le laboratoire sont aussi condamnés à payer une indemnité pour tort moral aux parents de Nicolas.
- Le 17 décembre 1993, la Cour d'appel de Paris sur recours du médecin et du laboratoire, considère au contraire que Nicolas ne peut pas invoquer à titre personnel un préjudice réparable et dit que les montants qui ont été versés, à lui-même et à la CPAM, doivent être remboursés¹⁵.
- Le 26 mars 1996, la Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel de Paris, et décide que les fautes commises sont «génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère» et casse la décision de la Cour d'appel de Paris¹⁶.
- Le 5 février 1999 dans un nouveau revirement, la Cour d'appel d'Orléans, à laquelle l'affaire avait été renvoyée, dit dans un arrêt de «rébellion» contre la Cour de cassation, que «l'enfant Nicolas P. ne subit pas de préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises», que «la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant», et que «sa naissance ou la suppression de sa vie, ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques»¹⁷.
- Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation casse la nouvelle décision, en considérant que «dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues»¹⁸.
- Le 29 mai 2001, le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) rend un avis qui considère que la reconnaissance par la Cour de cassation d'un préjudice dont l'enfant serait victime «conduit à la déduction qu'il eût mieux valu qu'il ne naquît pas, voire qu'il avait un droit à ne pas naître handicapé, compte tenu de la piètre qualité de la vie qui lui est imposée»¹⁹. Le CCNE considère que la décision de la CPAM de l'Yonne de se porter demanderesse pour obtenir le remboursement de son engagement financier s'agissant de la couverture des frais d'invalidité de Nicolas, constitue «une prise de position explicite en faveur de la reconnaissance d'un droit à ne pas naître handicapé, puisque l'engagement de la Caisse ne pouvait être considéré comme indu qu'en regard d'un tel droit que le CCNE considère comme non recevable». Le CCNE relève que «selon un certain courant, se dessine aujourd'hui une interprétation différente selon la-

¹⁵ CA Paris 17.12.1993, Dalloz 1995 somm. 98.

¹⁶ Cass (1^{ère} Civ.) 26.3.1996, Bull. I, n. 156, p. 109; DALLOZ 1997 jp. 35.

¹⁷ CA Orléans 5.2.1999, non publié, commenté par JEAN HAUSER, RTD Civ. 2000, 80 ss.

¹⁸ Cass. (Ass. plén.) 17.11.2000, Bull. Ass. Plén., n. 9, p. 15; Semaine Juridique, 13 décembre 2000, n. 50, p. 2293; Gazette du Palais, 25 janvier 2001, n. 40, p. 4.

¹⁹ Avis n. 68 du 29 mai 2001, Handicaps congénitaux et préjudice, Les Cahiers du C.C.N.E, n. 29, 2001, p. 2 ss; <http://www.ccne-ethique.fr/francais/avis/a_068.htm>.

quelle la logique de la loi [la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique] serait celle de la reconnaissance d'un droit «subjectif» de l'enfant à ce qu'il lui soit évité une vie préjudiciable».

- Dans une opinion dissidente jointe à l'avis de la majorité du CCNE, Henri Caillavet soutient que le droit pour une femme de ne pas donner naissance à un enfant, parce qu'elle juge en conscience qu'un handicap serait une épreuve trop lourde et inhumaine à supporter pour son futur bébé, «devient tout simplement un droit virtuel appartenant au handicapé. La mère délègue à son enfant «anormal» son propre droit. Précisément cette délégation n'est pas choquante, moralement, puisqu'elle ne concerne qu'un humain handicapé potentiel [...]».
- Le 13 février 2000, le Prof. Mattei, député au Parlement, propose le projet de loi suivant, en réaction face à cette jurisprudence²⁰ :
- «La vie constitue le bien essentiel de tout être humain, nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance.
- Lorsqu'un handicap est la conséquence d'une faute et non de la nature, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du Code Civil.»
- Ce projet a abouti le 4 mars 2002 à la Loi n. 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé²¹, qui prévoit ce qui suit à son article premier :
- «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.»

8. Le préjudice d'être né dans une philosophie où le droit (la liberté) de ne pas être est plus fondamental que la vie

On observe deux positions diamétralement opposées sur l'opportunité de dissocier juridiquement vie et handicap. Il en résulte deux conceptions très différentes de la responsabilité civile du médecin dans ces circonstances : la conception de la Cour de cassation, et celle du législateur français.

Selon ceux qui soutiennent la Cour de cassation, vie et handicap doivent être dissociés. Le rapport de Pierre Sargos²², Rapporteur de la Cour de cassation dans cette affaire, conclut, non sans certaines hésitations, qu'il faut admettre «que l'enfant puisse en quelque sorte faire abstraction de la vie à laquelle la faute commise lui a permis d'accéder pour réclamer la réparation de son handicap» (para. 46). Et le rapport ajoute, dans un autre contexte mais de façon éclairante : «En indemnisant [...] on accepte nécessairement l'idée de faire abstraction de la vie qui, sans la faute commise, n'aurait pas existé» (para. 46). «Faire abstraction de la vie» va permettre de considérer que «ce n'est pas la naissance et la vie même de l'enfant qui constituent le préjudice», mais que «le préjudice réparable est au contraire exclusivement celui qui résulte du handicap [...]» (para. 49).

La Cour a suivi l'approche du Rapporteur. Il convient donc de bien comprendre la position du Rapporteur, et notamment en quoi consiste cette opération d'abstraction dont il parle, que certains ont décrite comme le fait d'«isoler moralement»²³ le handicap, en y voyant «un événement d'ordre moral»²⁴, un événement s'insérant non pas dans un enchaînement naturel et biologique, mais dans un autre enchaînement, «fictif et juridique»²⁵, qui repose entièrement sur le choix fait par la mère. Pour comprendre cette opération, il est nécessaire de suivre pas à pas l'argumentation très abstraite de ceux qui estiment, à la suite de la Cour de cassation, que le handicap doit être exclusivement rattaché à l'avortement, qui seul aurait pu l'écarter.

Suivant Pierre Sargos, il faut «une réflexion en profondeur», qui «doit partir du début». Il ajoute : «Or, ce début se trouve manifestement, car tout en procède, dans la loi N° 75-17 du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse» (para. 19). Selon cette position, on peut en effet «faire abstraction de la vie» compte tenu du choix que la mère a fait de recourir à un avortement. La décision d'avorter constitue

²⁰ Proposition de loi de M. Mattei relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux, n. 3431, in <http://www.assemblee-nationale.fr/11/propositions/pion3431.asp>

²¹ JO n. 54 du 5 mars 2002.

²² Cass. (Ass. plén.) 17.11.2000, v. *supra* note 18.

²³ OLIVIER CAYLA/YAN THOMAS, Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche, Paris 2002, p. 98.

²⁴ Idem, p. 123.

²⁵ Idem, p. 107.

un choix que la mère fait contre le handicap, à cause duquel elle préfère ne pas donner naissance à son enfant. Face au handicap, elle opte pour l'absence de vie, en quelque sorte pour le non être. C'est sa liberté, et personne ne saurait contester sa décision, qui est conforme au pouvoir discrétionnaire que lui donne la loi n. 75-17, du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Dans cette conception adoptée par Pierre Sargos et suivie par la Cour, tout procède ensuite de ce choix, qui est un refus. Tout procède de ce refus, et tout en procède en quelque sorte «moralement». La faute du médecin ayant pour conséquence la naissance de l'enfant revient à priver du bénéfice de ce refus non seulement la femme qui a fait le choix, mais aussi l'enfant auquel elle pensait aussi lorsqu'elle l'a fait. Comme l'indique Henri Caillavet dans son opinion dissidente par rapport à la position majoritaire du Comité Consultatif National d'Éthique, en faisant ce choix, la femme «juge en conscience qu'un handicap serait une épreuve trop lourde et inhumaine à supporter pour son futur bébé»²⁶.

On peut donc considérer, suivant les partisans de cette position, que la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, en donnant à la femme le droit de ne pas donner naissance à un enfant handicapé, «a nécessairement donné le prolongement de ce droit à l'enfant lui-même»²⁷. Comme le relève Henri Caillavet, le droit reconnu à la mère de ne pas donner naissance à un enfant handicapé et de choisir plutôt l'absence de vie et le non être, «devient tout simplement un droit virtuel appartenant au handicapé»²⁸. Il ne s'agit pas pour lui du droit de décider de ne pas naître, ce qui serait absurde, mais du droit aux «avantages» de l'absence de vie, conformément au choix d'avorter fait par sa mère (qui dispose, elle, du droit de décider de ne pas donner naissance). Compte tenu de ce droit (de bénéficier des avantages du non être, mais qu'on peut désigner de façon abrégée comme un «droit de ne pas être»), le handicapé peut se plaindre des conséquences de son handicap. Par son erreur, le médecin a porté atteinte à une de ses libertés fondamentales, voire à sa liberté fondamentale.

Dans cette approche, on parle de séparer «moralement» le handicap de la vie, parce qu'on vise une séparation qui consiste à intégrer le handicap dans la logique de cet ordre de liberté et de refus initié par la décision d'avorter. C'est un ordre moral parce qu'il repose sur des choix humains faits en toute conscience et en toute liberté, en opposition à l'ordre de la nature, où règne la

nécessité des enchaînements biologiques. Le handicap est alors détaché de la vie concrète de la personne handicapée, pour être rattaché «moralelement» au choix de la mère de ne pas donner naissance à un enfant handicapé et au droit de l'enfant de bénéficier de ce choix. Il est exclusivement conçu comme la conséquence de la privation de ce choix et de ce droit, à cause de l'erreur du médecin.

On arrive, selon cette doctrine des partisans de la décision de la Cour de cassation, à concevoir un dommage qui ne suppose plus l'atteinte préalable à quelque chose qui est perçu comme un bien (à moins de prendre l'absence de vie pour un bien). Il s'agit d'une conception du dommage dans laquelle ce qui est dommageable est exclusivement conçu comme la privation d'un choix (la privation du choix de la mère en faveur de l'absence de vie, et la privation du droit de l'enfant de bénéficier de ce choix). Contrairement à la thèse philosophique décrite au début de cette étude, et qu'il s'agissait de tester au regard de la pratique du droit, on pourrait donc concevoir le dommage sans recourir en même temps à la notion d'atteinte à quelque chose qu'on reconnaît comme étant un bien. Le dommage pourrait être conçu, et même devrait être conçu, indépendamment de tout bien sous-jacent, uniquement en fonction d'un choix, comme simplement la privation du «bénéfice» de ce choix. Dans cette conception, on reconnaît sans doute que, dans les cas ordinaires de responsabilité civile, les indemnités dues à la victime sont calculées en procédant à une comparaison entre la situation qui aurait été celle de la victime en l'absence d'atteinte dommageable – elle aurait été en bonne santé – et sa situation actuelle de personne victime d'une lésion provoquée par la faute d'autrui, et l'on admet que ce calcul implique que la situation normale d'intégrité corporelle et de santé soit considérée comme ayant une valeur positive (c'est un bien), à laquelle la lésion porte atteinte et qu'elle diminue, voire supprime totalement lorsqu'il s'agit d'une atteinte mortelle. Mais l'on soutient que l'élément décisif, dans ces cas aussi, n'est pas le bien sous-jacent qu'est la vie, mais le choix implicite en faveur de la vie, et que la victime ne se plaint en réalité de rien d'autre que d'avoir été privée du bénéfice de ce choix. On considère dans cette approche que la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Perruche est emblématique d'une conception où le dommage est conçu comme étant simplement la privation d'un choix, puisque suivant cette décision il peut y avoir indemnités, et donc dommage, sans qu'il existe un bien auquel le médecin aurait porté atteinte, du simple fait de la privation du choix fait en faveur de l'absence de vie, du simple fait de la privation du droit de bénéficier de cette absence de vie.

²⁶ V. *supra* note 19.

²⁷ CAYLA/THOMAS, p. 73.

²⁸ V. *supra* note 19.

Suivant les partisans de la décision prise par la Cour de cassation, le droit de ne pas être de l'enfant handicapé (le droit de bénéficier des avantages qu'il y a à n'être pas), un droit subjectif virtuel qui procède du choix de la mère d'avorter, devrait être considéré comme une figure fondamentale de la liberté radicale et absolue qui, depuis la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, serait au cœur de tout le droit²⁹. On soutient dans cette perspective que dans les textes relatifs aux droits de l'homme, la liberté de l'individu est conçue comme sans limite pour tout ce qui ne relève pas de l'exercice de cette liberté dans un contexte social (dans un contexte social, il y a en effet limitation réciproque de la liberté de chacun par des bornes qui permettent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits). La liberté de ne pas être, qui s'exerce à travers le choix de la mère d'avorter, constitue une figure centrale de cette liberté radicale et absolue, telle qu'elle existe à l'état pur (à l'état de nature), avant son exercice dans un contexte social. Cette figure est centrale, parce qu'il y a alors liberté concrètement exercée à l'égard de l'existence même, comme dans le suicide, et donc liberté dont l'exercice apparaît comme plus fondamentale que l'existence elle-même. C'est la preuve pratique que la liberté est sans limite : elle est plus radicale que l'être, et s'exerce au-delà du bien et du mal (en entendant bien et mal dans un sens pré-moral, c'est-à-dire dans le sens du mot « bien » dans la question suivante : « La vie même malheureuse n'est-elle pas toujours préférable au néant, et dans ce sens n'est-elle pas toujours considérée comme un bien ? »³⁰.

Suivant les partisans de cette philosophie du droit, adopter une autre approche reviendrait à rejeter « les principes démocratiques forgés par la pensée moderne des droits de l'homme »³¹, à adopter une « orientation foncièrement hostile à toute idée de droit subjectif de l'individu »³², « à contester radicalement la liberté de l'individu »³³. C'est cette liberté radicale qui serait la « véritable 'matrice' des droits de l'homme »³⁴, et c'est Thomas Hobbes qui serait « le principal inaugurateur de la théorie des droits de l'homme »³⁵.

Les partisans de cette philosophie du droit voient dans toute autre position un « projet de subversion des valeurs fondamentales de l'ordre politique hérité des Lumières »³⁶, et reprochent à leurs adversaires de faire appel à la philosophie du droit naturel qui a été invo-

quée « périodiquement depuis la Révolution par les générations successives d'adversaires de l'individualisme libéral »³⁷.

Suivant cette position, qui se désigne elle-même comme relevant d'une « modernité individualiste et artificielle »³⁸, la loi et le droit ne sont pas relatifs à un corps social composé d'êtres humains tels qu'ils sont donnés par la nature. En effet, « il n'y a jamais de personne humaine qui soit donnée par la nature, pour la bonne raison que, dans la nature (ou à l'état de nature), il n'y a strictement rien de discernable ou d'identifiable »³⁹. La personne doit être pensée « comme étant le construit de la volonté et non pas le donné de la nature [...] que le droit devrait se contenter de consacrer »⁴⁰. Ces auteurs se réfèrent notamment à Nietzsche qui affirmait déjà que la personne humaine et le *moi* n'est rien de plus qu'une fiction grammaticale associée à l'usage du pronom personnel *je*⁴¹ et, pour ce qui concerne la liberté radicale à l'égard de la nature et de l'être, ils se réfèrent à la philosophie du droit de Hobbes, selon laquelle le droit est avant tout « la liberté que chacun a d'user sa puissance comme il le veut lui-même »⁴². Selon ce point de vue, il faudrait penser la personne « comme le produit de la technique juridique et non pas comme une qualité ontologique de l'être humain que le droit devrait se contenter de consacrer »⁴³.

9. Le préjudice d'être né dans une philosophie où la vie est plus fondamentale que le droit (la liberté) de ne pas être

Il y a une autre position, qui s'oppose à la possibilité de dissocier vie et handicap. C'est celle du législateur français lorsqu'il s'oppose à la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire Perruche. En spécifiant que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », la loi du 4 mars 2002⁴⁴ a mis en échec, dans le cas précis de la naissance d'un enfant handicapé alors que la mère avait opté en faveur d'un avortement en cas de problème, cette conception qui fait dériver tout le droit de la liberté la plus absolue, en particulier de la liberté de se refuser soi-même et de ne pas être. Les adversaires de la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire Perruche considèrent que cette jurisprudence relève d'un positivisme radical, exclusif, du même type que celui qui a été défendu en philosophie du droit par un auteur comme Thomas

²⁹ CAYLA/THOMAS, p. 14.

³⁰ Cette question est posée presque en termes identiques par Jean Carbonnier, cité par A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris 1992, 136.

³¹ CAYLA/THOMAS, p. 12.

³² *Idem*, p. 13.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Idem*, p. 67.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Idem*, p. 13.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Idem*, p. 78.

³⁹ *Idem*, p. 82.

⁴⁰ *Idem*, p. 78.

⁴¹ Voir citation dans GILBERT HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris 1999, p. 57.

⁴² *Léviathan* XIV.

⁴³ CAYLA/THOMAS, p. 78.

⁴⁴ *V. supra* note 21.

Hobbes, ou en philosophie en général par Nietzsche. S'inscrivant contre ce positivisme radical, mais sans se référer expressément à la jurisprudence Perruche, Alain Supiot critique les approches de ce genre en considérant qu'elles relèvent d'une «interprétation fondamentaliste des droits de l'Homme»⁴⁵.

Examinons ce que fait la loi adoptée par le Parlement français en 2002 pour renverser la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire Perruche. Il nous semble que la compréhension de cette question peut être facilitée si on analyse séparément la façon dont la loi s'y prend pour mettre en échec la jurisprudence de la Cour de cassation, et la raison pour laquelle le législateur français a souhaité mettre cette jurisprudence en échec.

Pour mettre en échec la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi fait en sorte qu'il ne soit plus possible à l'avenir, pour les tribunaux, de séparer «moralelement» handicap et vie. Le lien de fait qui existe entre les deux dans la réalité concrète de la personne handicapée, devient un lien de droit. Ce lien de droit est mis en place par la loi lorsqu'elle exclut toute indemnité pour ce qui relève «du seul fait de la naissance». Par là, le handicap congénital est associé au régime juridique propre à la vie : il n'y a pas de réparation possible. L'un comme l'autre tiennent au seul fait de la naissance. Il en résulte qu'il devient illégal de séparer «moralelement» handicap et vie pour ne considérer, dans le handicap, que le fait «moral» que les personnes concernées ont été, par la faute du médecin, privées du choix qui avait été fait contre la vie handicapée au moment de la décision de la mère d'avorter. Il faut au contraire, selon la loi, mettre le handicap en relation avec l'existence de la personne handicapée, le soumettre au même régime que la vie, s'agissant de l'absence de réparation possible⁴⁶.

Mettant en échec la séparation «morale» entre handicap et vie, le législateur français rejette du même coup, implicitement, la conception selon laquelle le dommage réparable peut être conçu exclusivement en fonction de la privation d'un choix, indépendamment de l'appréciation portée sur l'existence d'un bien sous-jacent, indépendamment donc d'une atteinte à un tel bien (d'une atteinte à la vie, à la santé, à l'intégrité corporelle et mentale, etc.). Le législateur français, en

réagissant par une loi à la jurisprudence de la Cour de cassation, remet au premier plan, s'agissant du régime de la responsabilité civile et de la notion de dommage, l'idée que le dommage au sens juridique du terme résulte d'une atteinte portée à un bien, l'idée que la notion même d'atteinte présuppose que l'on reconnaisse préalablement que ce qui est atteint est un bien (voir la thèse philosophique décrite au début de cette étude).

En ce qui concerne maintenant la raison pour laquelle le législateur a souhaité mettre en échec la jurisprudence de la Cour de cassation, il faut se reporter au projet de loi du Professeur Mattei, qui a été repris presque textuellement par la loi finalement adoptée par le Parlement français. La raison de refuser la dissociation, suivant le projet de loi du Professeur Mattei, est que «la vie constitue le bien essentiel de tout être humain». Elle est donc non seulement un bien, mais elle est un bien qui a une priorité par rapport au reste, notamment par rapport au choix de la non vie (une fois qu'elle est là). Elle est un bien fondamental. C'est cette priorité de la vie qui n'est plus reconnue lorsqu'on pense pouvoir faire abstraction de la vie, en mettant le handicap en relation exclusivement avec la non existence dont aurait pu «bénéficier» la personne handicapée, si l'erreur du médecin n'avait pas privé les personnes concernées du choix fait par la mère au moment de la décision d'avorter. Le sens général du projet de loi, c'est de reconnaître cette priorité, même dans le cas où il y a eu choix en faveur de la non existence au moment de la décision d'avorter, si pour finir un enfant est né⁴⁷.

Sur quoi se fonde ce jugement dans lequel on reconnaît une certaine priorité de la vie sur le choix de la non vie, en considérant que la vie est un bien essentiel et ne peut donc pas être relativisée ou mise entre parenthèse à cause du choix de la non vie ? Il nous paraît que bien qu'on puisse justifier cette priorité en recourant à une conception religieuse de l'existence humaine selon laquelle la vie devrait être considérée comme un bienfait et comme un don (voir par exemple le Tribunal de district d'Arbon qui se réfère à une conception chrétienne de l'existence), cette priorité de l'existence sur le choix de la non existence se justifie aussi indépendamment de toute référence religieuse. Elle se justifie en effet dans le contexte d'une philosophie du droit qui adopte une conception modeste de la fonction du droit, de l'office du juge et du législateur, à l'antipode de l'exaltation du droit comme droit subjectif à ne pas naître, comme liberté radicale de ne pas être.

⁴⁵ ALAIN SUPIOT, *Homo Juridicus: essais sur la fonction anthropologique du droit*, Paris 2005, p. 286.

⁴⁶ Il ne nous semble pas que la loi se prononce sur la question de la causalité adéquate entre la faute du médecin et le handicap, selon nous elle se prononce uniquement sur la question préalable de la dissociation ou de la non dissociation de la vie et du handicap et sur la possibilité de concevoir un dommage qui ne résulte pas de l'atteinte à un bien, mais qui provient uniquement de la privation d'un choix (pour une autre position, v. *supra* note 9).

⁴⁷ Il ne s'agit pas d'une position «*pro-life*» en ce sens qu'il y aurait intervention dans le choix préalablement fait par la mère au moment de la décision d'avorter. Il s'agit uniquement de donner priorité, au niveau conceptuel, à l'existence de l'enfant une fois qu'il est né, et non pas au choix préalable de la mère, resté sans conséquence à cause de l'erreur du médecin.

Suivant cette philosophie qui adopte une conception modeste de la fonction du droit, le corps social est constitué par les êtres humains tels qu'ils sont, et ce n'est pas au droit de la responsabilité civile de juger, en droit, de la légitimité ou de la qualité de vies humaines. Il n'y a pas d'ordre politique concevable où la vie humaine puisse être pensée et organisée abstraction faite de la causalité naturelle qui préside à la génération⁴⁸. La législation sur l'avortement a pour but de traiter des situations particulières, et ne peut pas devenir l'instrument de ceux qui privilégient un exercice de la subjectivité et de la volonté de l'individu au-delà de l'être et du non être, à la source de l'existence. La vie, même si elle n'est pas un bienfait, s'impose à chacun de nous comme une donnée primordiale et «essentielle», et le droit ne peut pas prendre un autre point de départ que celui que lui fournit cette constatation assez banale⁴⁹. Il faut écarter le point de départ prométhéen célébré et exalté par les défenseurs enthousiastes de l'arrêt Porruce. Le libéralisme peut aussi être un fondamentalisme de la liberté. La pratique du droit, c'est-à-dire le juge et le législateur dans leurs activités, ne peut se concevoir qu'en fonction de cette donnée préalable qu'est l'existence d'êtres humains, que compte tenu de cette priorité de la vie concrète de personnes humaines par rapport à toute appréciation, même aux appréciations du juge, du législateur ou de la loi en général. C'est cette priorité pragmatique, que certains auteurs décrivent en se référant à la «fonction anthropologique du droit»⁵⁰, que le projet de loi du Professeur Mattei soulignait en disant que «la vie constitue le bien essentiel de tout être humain». Si l'on rejette cette position, ne porte-t-on pas atteinte au droit dans sa fonction pratique la plus élémentaire, dans sa finalité de base ?

⁴⁸ V. CAYALA/THOMAS, p. 99.

⁴⁹ Certaines philosophies développent l'idée que si l'existence a cette priorité par rapport à la non existence, c'est parce qu'on la comprend non pas comme l'état accidentel d'un être à un certain moment, mais comme une perfection par rapport à la non-existence; on la considère dans une telle philosophie comme une perfection, non pas parce que la vie est parfaite, mais parce que c'est un acte, et que l'acte est reconnu comme l'élément constitutif ultime de toute réalité. Aristote étudie cette question dans le livre de la Métaphysique, où il analyse la distinction que nous faisons, pour toute réalité, entre deux états (l'un que nous considérons comme étant «en acte», et l'autre comme étant «en puissance»), et où il essaie de déterminer ce que c'est que l'acte, en partant de l'observation que «le fait d'exister, pour toute réalité, est un acte» (Métaphysique, livre Θ, 6, 1048 a 30), et en relevant qu'il y a aussi de nombreux autres exercices qui sont des actes (par exemple, voir par rapport à avoir les yeux fermés, être éveillé par rapport à dormir, agir par rapport à ne rien faire, bouger par rapport à être immobile, comprendre par rapport à ne pas comprendre, etc...).

⁵⁰ Voir l'entretien accordé par ALAIN SUPIOT à la revue Esprit, février 2001, pages 156 et suivantes, intitulé La fonction anthropologique du droit, et PIERRE LEGENDRE, Sur la question dogmatique en occident, Paris 1999.

10. Conclusions

On peut à notre avis approuver la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'arrêt en cause. En effet, il y a séparation claire entre d'une part le dommage matériel subi par les parents du fait de leur obligation d'entretien jusqu'à la majorité de l'enfant, et d'autre part la naissance et la vie de l'enfant, qui ne deviennent pas préjudiciables (*wrongful*) simplement parce qu'on accepte d'indemniser les parents pour leur propre dommage matériel, lorsque ce dommage est limité à leur obligation d'entretien jusqu'à la majorité de l'enfant.

Cette séparation n'est plus possible en revanche en cas de naissance d'un enfant handicapé, lorsque l'indemnité réclamée au médecin responsable (peu importe qu'elle soit réclamée par l'enfant lui-même, ou par ses parents compte tenu de leur obligation en matière d'aliments, ou par l'assurance invalidité) correspond aux charges découlant, tout au long de la vie de l'enfant, des frais d'entretien dus au handicap. Le coût global d'une vie, calculée par rapport à l'hypothèse de ce qui aurait été économisé par l'absence totale de cette vie, c'est-à-dire par rapport à la situation qui aurait dû être si le choix des parents n'avait pas été mis en échec par l'erreur du médecin, ne peut pas à notre avis constituer un dommage réparable, et une telle demande devrait à notre avis être rejetée par le Tribunal fédéral, s'il se trouve une fois confronté à un cas semblable à celui de l'affaire Perruche. La longue incursion que nous avons faite dans les arguments complexes échangés dans l'affaire Perruche, indique que si l'on veut éviter d'adopter, même seulement implicitement, une philosophie qui fait reposer tout le droit sur la liberté de ne pas être et de se refuser soi-même, il faut exclure de la notion juridique du dommage les éléments qui, au delà des frais d'entretien jusqu'à la majorité, correspondent aux charges découlant du handicap tout au long de la vie de l'enfant, de sa naissance à sa mort. A notre avis, le législateur français a eu raison de rejeter cette philosophie, qui est incompatible avec une conception modeste et réaliste de la fonction pratique du droit, et le Tribunal fédéral devrait adopter la même approche que le législateur français, s'agissant de la notion de dommage réparable, si un cas de ce genre lui était soumis à l'avenir.